

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2020), 43

e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

¿Incentivos económicos a la donación de órganos entre vivos?*

Financial Incentives for Living Organ Transfer?

Giorgio Maniaci

Autor:

Giorgio Maniaci
Universidad de estudios de Palermo, Italia
giorgio.maniaci@unipa.it
<https://orcid.org/0000-0002-1480-2077>

Recibido: 10-2-2019

Aceptado: 4-6-2019

Citar como:

Maniaci, Giorgio, (2020). ¿Incentivos económicos a la donación de órganos entre vivos? Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 43, pp. 341-368. <https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.13>

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.



© Giorgio Maniaci

Resumen

En 2012, casi 4500 personas murieron en Estados Unidos mientras esperaban trasplantes de riñón. En el transcurso de 2013, 4100 pacientes murieron en la Unión Europea mientras se encontraban oficialmente en listas de espera. Para solucionar este problema, esencialmente hay dos soluciones éticamente aceptables; pero ambas tienen, en su estado actual, desventajas. La primera solución es la de los incentivos económicos a la cesión de órganos entre vivos. La segunda solución es adoptar un modelo que denominaré «altruista impuro», como el croata o el español.

Palabras claves: cesión de órganos entre vivos; autonomía individual; mercado libre de órganos.

Abstract

In 2012, almost 4,500 people died in the United States while waiting for kidney transplants. In 2013, 4,100 died in the European Union while officially placed on waiting lists. To solve this problem, there are essentially two ethically acceptable solutions; but both have, in their current state, disadvantages. The first solution would be having financial incentives for living organ transfer. The second one would be adopting a model, like the Spanish or Croatian ones, which we can denominate as the «imperfect altruistic» model.

Keywords: living organ transfer; autonomy; free market of organs.

* Traducción al castellano de Julieta Rábanos.

1. INTRODUCCIÓN

Siempre he sido contrario a la comercialización de partes del propio cuerpo, en particular de órganos como riñones o pulmones, a fin de evitar formas de explotación y de canibalización (como explicaré posteriormente) de la clase que menos tiene por parte de aquella que más tiene. Sin embargo, artículos recientes me han recordado que muchas personas mueren en espera de un trasplante. En un artículo de reciente aparición en el *Wall Street Journal*, del premio Nobel de Economía (del año 1992) Gary S. Becker, el autor recuerda como:

En 2012, 95000 hombres, mujeres y niños estadounidenses estaban en la lista de espera para nuevos riñones, el órgano más comúnmente trasplantado. Sin embargo, solo alrededor de 16500 operaciones de trasplante de riñón fueron realizadas ese año. Tomando en cuenta el número de personas que mueren mientras están a la espera de un trasplante, esto implica una espera promedio de 4,5 años para un trasplante de riñón en los Estados Unidos (...) Muchos de aquellos que esperan riñones están sometidos a diálisis, y la expectativa de vida mientras se está sometido a diálisis no es grande. Por ejemplo, las personas de entre 45 y 49 años viven, en promedio, 8 años adicionales si continúan sometidas a diálisis, pero viven unos 23 años adicionales si consiguen un trasplante de riñón. Es por eso por lo que, en 2012, casi 4500 *personas murieron* mientras esperaban trasplantes de riñón¹.

Y la situación en la Unión Europea, con casi 500.000.000 habitantes, como veremos no es mucho mejor.

En este sentido, me he puesto por primera vez en los zapatos de alguien que espera un trasplante de órganos, y que a menudo muere a la espera de un trasplante que no llegará jamás. Me he preguntado, pues, cuánto vale realmente la vida humana, cuánto estamos dispuestos a sacrificar para salvar vidas humanas. Creo, desafortunadamente, que no existen soluciones fáciles al problema; en particular, esencialmente hay dos soluciones, pero ambas tienen, en su estado actual, desventajas. La primera solución, identificada por algunos autores, es la de los incentivos económicos a la cesión entre vivos, hecha de manera tal que evite, al menos en parte, el problema de la explotación a los que menos tienen, y que al mismo tiempo incremente la oferta de órganos y elimine de hecho los tiempos de espera. La segunda solución es adoptar un modelo que denominaré «altruista impuro», como el croata o el español, que ha visto crecer enormemente el número de donantes fallecidos (en el año 2015, en Croacia, llegaron a ser 37 por millón de habitantes; en el año 2016, en España, a 43,4 por millón de habitantes, y a 46,9 por millón en el 2017²), si se piensa que, en el año 2015, Alemania tenía solo aproximadamente 10 donantes fallecidos por millón de habitantes; un modelo que prevea una legislación favorable, una organización hospitalaria favorable, e incentivos económicos a los hospitales que ofrezcan más órganos de donantes fallecidos.

1. Véase Becker & Elias 2014 (las cursivas son propias). NdT: La traducción del original inglés es propia.

2. <https://www.20minutos.es/noticia/3232252/0/asturias-registro-49-5-donantes-organos-por-millon-personas-al-termino-2017/>; <http://www.ont.es/Documents/Datos20172018ENE11.pdf>.

En particular, identificaré los principales defectos del así llamado modelo de «mercado puro» y de aquel así llamado «altruista puro» para luego, finalmente, delinear un tercer modelo, que parece prometedor, en el caso de que funcione en el futuro (como aquel croata o español), que llamaré «altruista impuro», y un cuarto modelo, aquel de los incentivos económicos a la cesión entre vivos, para evaluar su moralidad y factibilidad.

2. EL MODELO DEL MERCADO PURO Y SUS PELIGROS

Algunos autores, como el anteriormente mencionado Becker, proponen para incrementar el número de trasplantes de órganos, y reducir la lista de espera, la creación de un verdadero mercado de órganos, en el cual personas privadas puedan estipular contratos, *inter vivos*, según los cuales un cedente se obliga a dar un órgano (por ejemplo, un riñón), ya sea en vida o *post mortem*. *Post mortem* en el sentido de que el acuerdo podría referirse a una extracción de órganos del cadáver, dejando la ganancia a los herederos. Tales autores, en general libertarios, señalan cómo este sistema del mercado puro bajaría notablemente los costos del sistema sanitario, pues mientras que la diálisis cuesta en promedio 350000 dólares (calculando 80000 dólares al año, multiplicado cuatro-cinco años de espera), el costo de un trasplante de riñón (que gira en torno a los 150000) es sin duda inferior. Los argumentos más importantes que se pueden aducir en favor del mercado puro son dos y son bien conocidos. Por una parte, está la importancia del valor de la autonomía individual, el derecho de cada uno a vivir la propia vida, en los límites humanamente posibles, de acuerdo con los propios valores, deseos, proyectos, concepciones filosóficas y religiosas. Valor tutelado por una concepción liberal o antipaternalista³. Sin extenderme sobre la noción de autonomía individual, que he

3. Podemos denominar, más precisamente, *antipaternalismo jurídico moderado* a la concepción ético-política según la cual el Estado, o un sujeto agente autorizado por el Estado, *no* tiene el derecho de usar la coerción contra la voluntad de un individuo adulto con el fin, exclusivo o principal, de evitar que este, a través de una acción o una omisión, cause, o se arriesgue a causar, o intente de modo significativo causar, a sí mismo (aquello que es considerado como) un daño, por ejemplo físico, psicofísico, económico (dañando de esta forma su bien), si es cierto o verosímil que la voluntad de tal individuo adulto de llevar adelante actividades peligrosas y/o dañosas se ha formado de manera racional, es expresada por una persona capaz de entender y querer, está basada en el conocimiento de los hechos relevantes, es estable en el tiempo, y se encuentra suficientemente libre de presiones coercitivas. A mayor razón, obviamente, el Estado no puede limitar la libertad del individuo si la acción que quiere llevar a cabo no causa ningún daño al individuo mismo. Según el antipaternalismo moderado aquí defendido, de hecho, si el consentimiento del individuo no está, en el sentido especificado, viciado, su libertad de acción puede ser limitada, mediante el uso de la coerción, solo si causa daños a terceros. Se trata del famoso «principio del daño» (*Harm to Others Principle*) elaborado por John Stuart Mill. De ahora en más, por simplicidad, hablaré de antipaternalismo para referirme siempre al antipaternalismo jurídico moderado. Cfr. Alemany, 2006, 381 y ss.; Diciotti 2005, 100 y ss., 112; Feinberg 1986, 10 y ss.; Feinberg 1984, 31 y ss.; Mill 1997, 12 y ss. Sobre el tema, cfr. Maniaci 2012, cap. I, § 1. Feinberg denomina «paternalismo moderado» a una concepción análoga a la defendida aquí. Cfr. Feinberg 1986, 12 y ss. Sobre el tema del *paternalismo jurídico* que, en el presente ensayo, no puedo profundizar, cfr. Maniaci 2012. Cfr. Dworkin 1983, 20; Feinberg 1983, 3; Garzón Valdés 1988a, 156; Garzón Valdés 1988b; Atienza 1988; Garzón Valdés 2005. Para una definición más amplia de interferencia o intervenciones paternalistas, cfr. Gert & Culver 1976; VanDeVeer 1986, 22. Para un análisis profundizado del concepto de paternalismo político y jurídico,

profundizado en otro lugar, podemos decir que, en principio, las condiciones que el agente debe poseer (o que puede razonablemente presumirse que tenga) para lograr un grado suficiente de autonomía son cuatro: suficiente racionalidad, estabilidad en el tiempo de las preferencias del agente, suficiente libertad de⁴ presiones coercitivas (en el sentido de estar libre de presiones coercitivas) en la formación de las preferencias del agente, y conocimiento de los hechos relevantes⁵. Cada adulto, si así lo desea, y es suficientemente autónomo (es decir, se presume que tiene o logra suficientemente las cuatro condiciones arriba indicadas), tendría en este sentido el derecho de disponer del propio cuerpo, incluso en el caso de la estipulación de un contrato de extracción de órganos de cedente vivo. El argumento de la autonomía individual se contrapone sin duda a un argumento teológico, según el cual la vida y el cuerpo pertenecen a Dios, y nadie puede disponer de aquello que no le pertenece; pero también a argumentos, *lato sensu*, comunitaristas, por ejemplo la idea de que un individuo es un ser relacional, que nace y crece dentro de una comunidad, dentro de una red de vínculos afectivos, sociales y económicos, vínculos que en gran parte no puede rescindir, una comunidad en la cual cumple una función (de marido, contribuyente, trabajador) que no puede renunciar a cumplir, por ejemplo, abreviando su vida como haría en el caso de la venta y del trasplante de un órgano. O bien se contrapone con el argumento perfeccionista. Como es bien sabido, es muy fácil replicar a estos argumentos.

El argumento teológico no puede implementarse en un Estado laico y pluralista ni frente a agnósticos, ateos, neo-epicúreos, confucianos, taoístas, budistas, que pueden tener creencias diferentes. En segundo lugar, en muchos Estados occidentales, el individuo ya tiene el derecho de incrementar mucho el riesgo de abreviar la propia vida, fumando dos paquetes de cigarrillos por día, bebiendo una botella de *whiskey* por día, o adquiriendo enorme sobrepeso o volviéndose obeso al comer alimentos con alto contenido en grasas, y tiene el derecho de rescindir (casi) todos los vínculos afectivos, sociales y económicos originarios y la mayor parte de aquellos no originarios. En muchos ordenamientos occidentales, cumplidas determinadas obligaciones contractuales y fiscales, y salvaguardadas las obligaciones de asistencia hacia los hijos no

cfr. Alemany 2006, cap. I, en particular 343 y ss.; Diciotti 1986, 557 y ss. En este ensayo, por simplicidad, hablaré de paternalismo para referirme siempre al paternalismo jurídico.

4. NdT: En el original italiano, «*libertà da*». Esta expresión posee el sentido de «no encontrarse sujeto a», «no encontrarse bajo», o «estar libre de» (en este caso puntual, presiones coercitivas).

5. Sobre el significado de tales condiciones de autonomía, sobre las cuales aquí no puedo detenerme, cfr. Maniaci 2012, 76 y ss. Para las actividades que normalmente no producen o corren el riesgo de producir un daño serio a la salud, a la integridad física o a la vida (como comprar un vestido, una casa, un automóvil, hacer una dieta), se presume que existen los requisitos de la suficiente racionalidad, conocimiento de los hechos relevantes, libertad de presiones coercitivas, salvo prueba en contrario en casos concretos o salvo decisiones particulares, como aquella del trabajador de renunciar a las vacaciones pagadas, que prevén presunciones en contrario, pues sería considerablemente costoso para la Administración Pública y altamente restrictivo de la libertad de los individuos constreñir a las personas a coloquios para establecer si son suficientemente racionales o si conocen los hechos relevantes al tomar este tipo de decisiones. Para las actividades dañosas o peligrosas, como consumir cocaína o heroína, o pedir la eutanasia, se pueden prever coloquios con un médico o psicólogo para que comprueben los requisitos de la autonomía.

independientes (vínculo moral y material), el cónyuge (que son vínculos morales y materiales libremente elegidos y que pueden ser rescindidos) o los padres necesitados (de los cuales, *de iure condendo*, podría ocuparse también el Estado en caso de rechazo del hijo), obligaciones de asistencia material (pero no moral) que pueden ser satisfechas incluso mediante un cheque enviado por correo postal, el individuo puede alejarse para siempre de su familia de origen, puede expatriarse de modo definitivo, puede dejar definitivamente el trabajo y mendigar sin molestias, puede dejar de modo definitivo a los amigos y volverse un ermitaño en el desierto, así como un simpático pensionado misántropo, con hijos ya adultos e independientes, puede retirarse de forma definitiva a la vida privada en su campo, alejándose de todo el mundo circundante y viviendo solo con sus plantas (eventualmente, enviando cheques a hijos adultos no independientes).

Según el argumento perfeccionista, es indispensable que cada individuo sea orientado, mediante persuasión o, de ser necesario, mediante la fuerza, hacia un ideal de excelencia moral, que cada uno comprenda la importancia de florecer, crecer, perfeccionarse en la dirección de una vida moralmente más virtuosa, culta, hacendosa, etc. En este sentido, la comunidad organizada tendría el derecho de imponer paternalistamente a los ciudadanos, incluso mediante el uso de la fuerza, el que sean valientes y no pávidos, hacendosos y no perezosos, sabios y no imprudentes, solidarios y no egoístas, generosos y no ávidos de dinero, comedidos y no lascivos, o, incluso, el mantener la propia integridad psicofísica para poder cultivar las otras virtudes. Más allá de las hipótesis en las cuales el perfeccionismo se traduce en un verdadero «moralismo jurídico», según el cual el Estado puede prohibir al individuo que adopte un comportamiento considerado como moralmente inaceptable (por ejemplo, practicar el sexo oral), incluso en ausencia de un daño económico o físico causado por el agente a sí mismo, el argumento puede justificar prohibiciones de naturaleza paternalista por cuanto la realización de acciones peligrosas o dañosas es incompatible con el ejercicio de alguna virtud. Por ejemplo, se puede afirmar que, en el desafortunado caso de una enfermedad grave e invalidante (como un tumor) que pronto conducirá al paciente a la muerte, después de un período de sufrimiento psíquico y físico, este último debe soportar estoicamente la suerte, ser *valiente* e impávido frente al dolor. Por ejemplo, A. Ruggeri escribe:

[E]n relación con los sujetos que se encuentran en un estado de particular sufrimiento, la solidaridad es, en primer lugar, de la sociedad hacia el enfermo, pero también, aunque pueda ser difícil de digerir, del propio enfermo hacia la sociedad, donde se esté de acuerdo con el hecho de que mantenerse con vida contribuye (...) al progreso espiritual de la sociedad⁶.

En este caso, parece que Ruggeri desea imponer un deber de ser virtuoso, en particular solidario, un deber de contribuir, siendo solidario, al progreso espiritual de la sociedad. Se puede afirmar, también, que una persona que vende un riñón tiene el vicio de ser materialista, demasiado ligado al dinero, o que una persona que compra y que necesita un riñón no es lo suficientemente valiente, impávido frente al dolor y a la muerte.

6. Ruggeri 2011, 12. NdT: La traducción de la cita textual al castellano es propia.

Contra el argumento perfeccionista es posible realizar al menos una objeción.

Se podría dudar de que pueda existir coherentemente un *Estado ético*, es decir, un Estado que imponga una idea de excelencia moral, un modelo de virtud, sin que se planteen problemas de racionalidad. Si se trata de desalentar, mediante la amenaza de una sanción, la adopción de un cierto comportamiento (por ejemplo, trabajar menos de ocho horas al día, derrochar el propio patrimonio en sexo por dinero), esto es sin duda posible. Pero hacer esto, ¿significa volver más virtuosos o más valientes a los hombres? En otras palabras, ¿no es un requerimiento paradójico el *imponer* una virtud, es decir, pretender algo que de hecho es imposible? El actuar intencionalmente, según las propias convicciones o el propio arrepentimiento, ¿no es parte integrante del ser virtuoso? ¿Puede obligarse a alguien a ser virtuoso o valiente? Incluso si se lo obligase a tener un cierto comportamiento, ¿sería un ejemplo de virtud, de valentía o de generosidad? ¿«El crecimiento espiritual de la sociedad puede ser impuesto obligando a alguien a ser valiente»⁷ o solidario, como quiere Ruggeri? No me parece⁸.

Contra esta última objeción, los paternalistas podrían elaborar la siguiente contra-objeción. La idea de fondo es que la virtud no es algo que se tiene o que no se tiene. Es posible enseñar a los hombres a florecer del modo justo, a descubrir cuáles son sus *verdaderos* fines, o los fines cuya consecución es condición necesaria para alcanzar su verdadero bienestar, o a comprender la satisfacción de cuáles deseos podrían volverlos *realmente* felices. Y la educación para la virtud, para la felicidad plena, para el verdadero bienestar en contraposición a aquel incompleto o distorsionado, dado por la satisfacción de las falsas necesidades, etc., como toda educación que se precie, también puede valerse legítimamente de la amenaza de un mal futuro, de una sanción. De modo tal que los hombres inicialmente constreñidos, por miedo a la sanción del Estado, a actuar en conformidad con lo requerido por un cierto modelo de virtud, podrían poco a poco comprender, sobre la base de programas de educación para la virtud, la importancia de tales virtudes para su bienestar, para su felicidad. Como un niño indisciplinado que, después de haber sido castigado, comprende la importancia de no hacer el mal a los otros⁹.

7. Adamo 2016, 1267. NdT: La traducción de la cita textual al castellano es propia.

8. Cfr. Dworkin 2002, 237-238; Schiavello 1998, 63 y ss. Otras objeciones contra el argumento perfeccionista son las siguientes. En primer lugar, conceptos como «valiente», «virtuoso», «hacendoso», «egoísta», son éticamente *densos*, es decir que tienen una inevitable dimensión valorativa, controvertida, dimensión que algunos autores sostienen que es incluso inescindible de la dimensión así llamada factual, que determina las condiciones de verdad de la afirmación «X es valiente». Si es de *cobardes*, y entonces debería estar prohibido, requerir el suicidio asistido en el caso de enfermedad grave o terminal, ¿no podría también serlo el abandonar la patria luego de una ofensa sufrida o de una desilusión amorosa? Si es de cobardes requerir el suicidio asistido, en caso de enfermedad grave, por miedo al dolor, ¿no lo sería también el desistir de propuestas suicidas por miedo a la muerte o al *más allá*? El uso de estos términos éticamente densos plantearía graves problemas de indeterminación del supuesto de hecho de normas penales incriminatorias que serían introducidas por un Estado ético, y que contendrían tales conceptos densos.

9. Para una ulterior contrarréplica, cfr. Dworkin 2002, 238. Es importante subrayar que la así llamada teoría funcionalista de la naturaleza humana, que subyace al perfeccionismo moral de carácter teleológico, según la cual los hombres poseen determinados deseos, necesidades, cuya consecución es necesaria para alcanzar su bienestar, su felicidad (por ejemplo, el deseo de casarse, tener tantos amigos e hijos, etc.) en virtud de su

Este último argumento se encuentra sujeto a, al menos, dos objeciones. Los hombres adultos no son niños indisciplinados: si fueran forzados a comportarse de un modo que consideran injusto (prohibición de consumo de tabaco), su reacción sería probablemente de odio y rencor hacia las instituciones que los fuerzan. En todo caso, hemos visto que el uso de la fuerza no basta para orientar la virtud; se necesita también una educación para la virtud, dialógica, persuasiva. Y, sin embargo, si la idea es que es posible educar a los hombres para florecer del modo justo, a descubrir cuáles son los fines cuya consecución es condición necesaria para alcanzar su *verdadero* bienestar, tal educación para la virtud encuentra, en primer lugar, una objeción que podemos llamar aquella de la *constricción*. Una vez que se prohibiese un cierto comportamiento (fumar tabaco, por ejemplo) y, además de la sanción, se impusiese un programa terapéutico y educativo contra el fumar tabaco, ¿qué valor podría tener un programa tal, considerando que su participación es impuesta? El elemento de la constricción vuelve muy improbable que el individuo se dé cuenta de que fumar tabaco no es apropiado. Desde hace décadas, las teorías psicoterapéuticas y psicoanalíticas modernas establecen que la participación en programas terapéuticos y reeducativos debe ser voluntaria, so pena de fracaso de la terapia o del programa rehabilitador. Si, en efecto, se puede imponer a alguien la participación en un programa terapéutico o la educación para la virtud, no se le puede imponer la *colaboración*, en el sentido de que el participante podría legítimamente pensar en lo que quiera durante el programa de educación para la virtud. Y la posibilidad de que un individuo no colabore con un programa educativo que le es impuesto es muy alta. En segundo lugar, los actuales Estados paternalistas prohíben determinados comportamientos, pero no adoptan programas de educación para la virtud para adultos (por ejemplo, de educación para la resistencia al dolor), lo que es perfectamente comprensible, ya que la participación obligatoria en tales programas sería experimentada por los ciudadanos occidentales como una violación intolerable de la autonomía, de modo que, de hecho, si implementada sobre una base perfeccionista, la prohibición actual de la venta y del trasplante de un órgano, es ineficaz, porque no se puede forzar con la sanción, como hemos visto, a una persona a ser virtuosa.

En relación con las objeciones comunitaristas más difundidas, en primer lugar, el valor de la autonomía individual no se encuentra conceptualmente vinculado a una concepción fuerte o significativa del libre albedrío. Puede existir una concepción liberal sin libre albedrío. No importa si, y cuánto, los deseos de una persona son fruto del ADN, de la educación familiar, del azar, del destino, de la providencia, del movimiento de los planetas, o de cualquier otro fenómeno en el cual se crea: según una concepción liberal-igualitaria, cada quien tiene el derecho de vivir según sus deseos, de perseguir aquello que considera, en presencia de suficiente racionalidad, conocimiento de los hechos relevantes, suficiente libertad de presiones coercitivas, el propio

naturaleza, es muy a menudo una *ideología*, en el peor sentido del término, una *falsa* teoría, que camufla, disimula, detrás de la mampara de nociones aparentemente objetivas, como bienestar, felicidad, etc., la imposición de modelos de comportamiento, de un ideal del carácter. Cfr. Celano 1994, 577.

bienestar, siempre que no haga daño a terceros. En segundo lugar, como subrayaba Dworkin, «las personas pertenecen a muchas comunidades diferentes; si lo desean pueden pertenecer a más comunidades. Pertenecen, o pueden pertenecer, a familias, barrios, grupos de exalumnos, asociaciones estudiantiles, fábricas, universidades, equipos, grupos étnicos»¹⁰, grupos de amigos o comunidades religiosas. Y no hay razón para pensar que tales comunidades más reducidas no puedan satisfacer la necesidad, más bien diría un derecho legítimo de afecto, pertenencia, homogeneidad moral, apego a la tradición, construcción de una identidad fuerte que, en las comunidades políticas nacionales, sobre todo si son pluralistas, multiétnicas, multiculturales como las occidentales, es muy difícil, y hoy totalmente utópico, lograr. Como señala Feinberg, sin perjuicio de que cada uno posee *the right to be left alone*, el ideal de una comunidad liberal (así como el resultado más probable de su realización) no es un conjunto de personas solas y aisladas, mónadas separadas la una de la otra, sin ningún vínculo social y afectivo que las tenga unidas. Sino más bien una red de comunidades o grupos intermedios, entre el Estado y la familia de origen, en los cuales cada uno pueda alcanzar (siempre que no cause daños a terceros, obviamente) la propia felicidad, el propio bienestar, es decir desarrollar la propia *naturaleza* (no importa si esta se ha formado por elección, destino, influencia astral, herencia genética, educación familiar, voluntad divina o patrimonio cultural)¹¹. De modo que cada uno pueda elegir, una vez que sea adulto y racional, la comunidad o las comunidades intermedias que más se adapten a su naturaleza. Y que tales comunidades sean un club sadomasoquista o para *swingers*, un grupo de oración, una asociación de ferroviarios o de filósofos, un fumadero de opio, un club de ajedrez, un grupo de *escort* con ambiciones políticas, una asociación ambiental o gay, un complejo nazi-rock, el club de fans de Woody Allen o de Britney Spears, no debería suponer, en este sentido, ninguna diferencia.

Obviamente, en favor del modelo del mercado puro de órganos se pueden aducir también argumentos utilitaristas, relativos al ahorro, para la colectividad, de los costos de la sanidad, pero no tendré en cuenta tales argumentos. El segundo argumento en favor del mercado puro de órganos es la tutela de la vida humana, de cada individuo que en el futuro puede enfermarse, y de los individuos enfermos que se encuentran a la espera de un trasplante de riñón o de otro órgano. El modelo altruista puro, como veremos, no parece, en efecto, empíricamente ser capaz de resolver el problema de las listas de espera, esto es, de suministrar un número suficiente de órganos tal que balancee la demanda de órganos.

¿Qué objeciones pueden aducirse contra el modelo de mercado puro de órganos? Cuatro objeciones fundamentales. La primera objeción es muy débil, a diferencia de las otras tres. Según la primera objeción, existen cosas que no deberían ser vendidas o

10. Las citas, y algunas objeciones a los argumentos comunitaristas, provienen de Dworkin 2002, 239, 240, 242, 252. Sobre el tipo de vínculo, menos fuerte, pero igualmente fructífero que el individuo puede instaurar con una comunidad política nacional pluralista y tolerante, cfr. siempre *ibid.*, p. 244 y ss. NdT: La traducción de la cita al castellano es propia.

11. Cfr. Feinberg 1990, 81 y ss.

compradas, como los órganos, porque esto implica la mercantilización y la *objetificación*, es decir el tratar algo como una mercancía (*commodity*) o como un objeto. En realidad, como señala Fabre, el hecho de que algo sea vendido o comprado no quiere decir que sea tratado, en un sentido descriptivo/valorativo, normalmente negativo, como una mercancía, o, en un sentido descriptivo/valorativo, como un objeto. Tratar algo, en un sentido descriptivo/valorativo, como una mercancía significa que la producción, la distribución y el uso de la cosa están regulados *solo* por las leyes del mercado. Pero no siempre es así. También la fuerza de trabajo puede ser considerada, desde un punto de vista económico y neutral, una mercancía, pero no por ello los trabajadores dependientes no tienen derechos inalienables, irrenunciables, a una retribución adecuada, al descanso diario, a las vacaciones pagadas, a un entorno de trabajo saludable, al seguro contra los accidentes en el trabajo. Tratar algo como un objeto (de propiedad de uno), en un sentido descriptivo/prescriptivo, implica, como decían los romanos, el *ius utendi e abutendi*, el derecho de usarlo como se quiera y de consumirlo, destruirlo, como podría hacer con mi teléfono móvil o con mi televisor. Al contrario, no todo aquello que es comprado o vendido es tratado como una mercancía o como un objeto en un sentido descriptivo/valorativo¹². Yo puedo comprar un animal, pero los animales tienen algunos derechos, o, si se prefiere, para con ellos tengo algunas obligaciones de no maltrato¹³. Lo mismo vale para los órganos en el caso de cesión. Primero, porque una vez separados del cuerpo del cedente estos se vuelven una parte separada, por lo que enajenándolos el cedente no se trataría a sí mismo como un objeto¹⁴. Segundo, porque estos órganos, aunque sean *objetos* en un sentido neutral del término, porque no son personas o sujetos, sirven para salvar vidas humanas, no pueden ser utilizados para otros fines, no pueden ser destruidos o tirados a la basura. No son una *mercancía* con la cual se puede hacer aquello que se quiera, sobre la cual alguien tiene *ius utendi e abutendi* o el derecho de propiedad, no se pueden vender de nuevo¹⁵.

12. En un sentido neutral, completamente descriptivo, todo lo que no es un *sujeto*, una persona, es claramente un objeto.

13. Fabre 2006, 20 del cap. *Organ Sales*.

14. «La premisa mayor [del argumento kantiano] es que la categoría de los propietarios y la categoría de las cosas que pueden ser objeto de propiedad sean mutuamente excluyentes. La premisa menor es, en cambio, el hecho de que el sujeto no sea en modo alguno escindible del propio cuerpo. De estas dos asunciones se debería concluir que poseer una parte del cuerpo de un sujeto, implicaría un (parcial) derecho de propiedad sobre el sujeto mismo. Sin embargo, como es afirmado por la premisa mayor, esto no podrá nunca ser lógica o jurídicamente aceptado. El punto de crítica, según Lockwood, se encuentra en la premisa menor, que debe ser disputada porque la subjetividad del «propietario» es, hoy, verificable solo dentro del encéfalo y no en los otros órganos, que pueden ser reducidos a mero objeto [en un sentido neutral]. Por lo tanto, en órganos o tejidos individuales no es posible encontrar ningún elemento de subjetividad (como en cambio quería Kant). Por lo tanto, el sujeto cedente (que permanece confinado en el encéfalo) y la cosa cedida ya no coinciden, anulando el segundo interdicto kantiano», es decir la imposibilidad lógico-jurídica de que una persona venda un órgano de su propio cuerpo. Sommaggio 2017, 500-501. NdT: La traducción del original italiano al castellano es propia.

15. El caso de alguien que sea suficientemente autónomo, es decir que tenga racionalidad, conciencia de los hechos relevantes, capacidad de entender y de querer, suficiente libertad de presiones coercitivas, estabilidad en el tiempo de sus deseos, y que quiera efectuar una operación quirúrgica de remoción de un riñón para

Segunda objeción. Desde el punto de vista liberal, la solución de consentir la estipulación de contratos que tengan como objeto la extracción de órganos de vivos a vivos no resulta satisfactoria. Parece, en efecto, necesario tutelar, como se hace en el caso de la eutanasia y del suicidio asistido, la última voluntad del cedente. Si el cedente, después de haber firmado el contrato, se arrepiente, me parecería más importante salvaguardar su autonomía, su última voluntad, incluso si esta es contraria a la voluntad manifestada al momento de la estipulación del contrato. Contrariamente a lo que piensan algunos libertarios, el tutelar los contratos, es decir volverlos vinculantes, no tutela necesariamente la autonomía individual de ambas partes. El tutelar la parte cumplidora contra la parte incumplidora, tutela simplemente los intereses de la primera contra la segunda y tutela los intereses de aquellos que obtienen beneficios, en general, de aquella práctica, tutelando la confianza de terceros. Si los contratos no fuesen vinculantes, por ejemplo, muchos no se arriesgarían a realizar una prestación (conceder un mutuo) sin la certeza de que la otra parte será punida en caso de incumplimiento. Pero no todos los contratos y no todos los intereses son dignos de tutela, y los contratos que versan sobre actos importantes e irreversibles de disposición del propio cuerpo no lo son, en la medida en que me parece atroz constreñir a quien ha firmado un contrato de cesión de órganos a realizar la prestación, es decir a hacerse extraer un órgano estando vivo, cuando al momento de la extracción ya no desea hacerlo. Lo mismo vale para la así llamada maternidad subrogada, en el sentido de que la madre subrogada debería tener el derecho de tener el niño.

La tercera objeción concierne al punto de vista de la demanda. Si el costo de un contrato de cesión onerosa de un órgano fuese muy elevado, como se piensa que sería en el caso de liberalización, solo personas muy ricas podrían permitirse estipular contratos de este estilo, determinando de esta forma una desigualdad notable en la distribución de los órganos disponibles. Aún peor, si se hicieran subastas crueles de órganos en venta. El resultado a mediano plazo sería que la expectativa de vida de las personas más ricas sería, de este modo, mucho más elevada que aquella de la clase más pobre. Si el costo de un contrato de cesión onerosa de un órgano fuese no muy elevado, pero importante, siempre habría un problema, porque personas pobres no podrían permitirse estipular

luego tirarlo a la basura es un caso *estadísticamente inexistente*, en el sentido de que jamás he escuchado acerca de una persona autónoma, racional y libre de presiones coercitivas, que quisiera hacer una cosa del estilo, por lo cual el procedimiento de determinación (coloquio con un médico, con un psiquiatra) de los requisitos (racionalidad, libertad de presiones coercitivas) del consentimiento del individuo que quisiera hacer una cosa del estilo sería un costo para la colectividad que debería absolutamente evitarse, un daño económico, que justificaría la prohibición de la acción relevante (remoción del riñón para tirarlo a la basura) según el «principio del daño a terceros». Otro caso imaginado por Sandel es el de un mercader de arte bizarro que a cambio de 10000 euros quiera comprar un riñón de otro individuo para mostrarlo en las mesas de un café como argumento controvertido de conversación. Cfr. Sandel 2009, § *Selling Kidneys*. También este es un caso inútil para construir una teoría, por estadísticamente inexistente. Sobre el concepto de casos estadísticamente inexistentes, como un padre y una hija, ambos adultos, racionales, capaces de entender y de querer, y libres de presiones coercitivas, que quieran mantener una relación incestuosa, cfr. el cap. III de Maniaci 2012.

contratos de este estilo, determinando de esta forma una desigualdad notable en la distribución de los órganos disponibles.

La cuarta objeción concierne al punto de vista de la oferta de órganos, es decir cuán libre y autónoma sería la voluntad de aquellos que estipulen un contrato de cesión onerosa de órganos entre vivos. En algunos casos, tal voluntad sería suficientemente libre, cuando, por ejemplo, un padre europeo cediese un riñón a título oneroso para hacer estudiar a su hijo en universidades estadounidenses prestigiosas o para comprarse un automóvil nuevo. Pero en otros casos, la voluntad de los cedentes se formaría en presencia de algunas presiones coercitivas bien precisas, que son aquellas que dependen de la pobreza absoluta o de la ausencia de suficientes medios de subsistencia. En un mundo ideal, algunos derechos fundamentales deberían estar tutelados, como el derecho a la salud, a una retribución digna, a una pensión adecuada, a una casa, a un subsidio de desocupación involuntaria. Pero incluso en Europa, y sobre todo en Italia, no vivimos en un mundo ideal; por lo tanto, debemos tomar en cuenta el hecho de que en algunos países no existen, frente a una tasa elevada de desocupación, formas de tutela de la renta universales en caso de desocupación involuntaria. Entonces, si el consenso a la cesión onerosa de órganos entre vivos puede no estar suficientemente libre de presiones coercitivas, algunas personas, una vez creado un mercado de órganos, podrían encontrarse *constreñidas*, no por un bandido, sino por la pobreza a ceder a título oneroso un órgano propio, a comercializar partes de su propio cuerpo. Constricciones que, a nivel sistémico, se podrían incluso imputar al Estado, que no protege suficientemente a los individuos contra la desocupación involuntaria o no proporciona pensiones por jubilación adecuadas.

3. EL MODELO ALTRUISTA IMPURO

En el 2015, el reporte de la *Eurotransplant International Foundation* contabilizaba 910 pacientes muertos a la espera de un órgano para trasplante solo en Alemania, y 1359 los pacientes muertos en Europa (pero la estadística involucraba solo a Austria, Bélgica, Hungría, Croacia, Eslovenia y Holanda, entonces los pacientes muertos fueron muchos más en toda Europa), mientras que los pacientes fallecidos a la espera de un trasplante en Croacia fueron *solo* 30; si bien Croacia es numéricamente más pequeña, solamente 4,5 millones de habitantes contra los 80 millones de Alemania, entonces 30 fallecidos en Croacia corresponderían a aproximadamente 600 fallecidos en Alemania (casi 20 veces). Según el sitio de la ONT, *Organización Nacional de Trasplantes*, aproximadamente el 10% de los pacientes en lista de espera en España (5480 pacientes en lista de espera en el 2016; 4896, en el 2017) muere sin recibir un trasplante¹⁶.

16. *Balance de actividad de la Organización Nacional de Trasplantes del 2016* (<http://www.ont.es/Documents/Presentaci%C3%B3nDatos2016-17.pdf>); <http://www.ont.es/informacion/Paginas/Trasplante.aspx>; *Balance de actividad de la Organización Nacional de Trasplantes del 2017* (<http://www.ont.es/Documents/Datos20172018ENE11.pdf>).

Según el *Journalist Workshop on Organ Donation and Transplantation – Recent Facts & Figures*, del 26 de noviembre de 2014, encargado y producido por la Comisión Europea, Bruselas:

[los] números totales de pacientes en listas de espera reflejan una impresionante realidad, incluso si estos consideran datos de varios sistemas de trasplantes con diferentes políticas públicas nacionales, así como dinámicas evolutivas (véanse las observaciones abajo) y por lo tanto solo representan la punta del iceberg. Un total de más de 63000 *pacientes* se encontraban oficialmente colocados en listas de espera de órganos al 31 de diciembre de 2013 en la Unión Europea, *i.e.* sobre 508 millones de habitantes. Si los pacientes de Islandia, Noruega y Turquía fuesen incluidos: 86000 pacientes estaban en las listas de espera (sobre una población total de 588 millones de habitantes).

Aproximadamente, al 31 de diciembre de 2013: Unión Europea: 50000 pacientes se encontraban en las listas de espera de riñón (70000 pacientes con Islandia, Noruega y Turquía); 6700, en las listas de espera de hígado (8500 pacientes con Islandia, Noruega y Turquía); 3450, en las listas de espera de corazón (3850 pacientes con Islandia, Noruega y Turquía); 2100, en las listas de espera de pulmón (2200 pacientes con Islandia, Noruega y Turquía); 1300, en las listas de espera de páncreas (1600 pacientes con Islandia, Noruega y Turquía); 70, en las listas de espera de intestino delgado (70 pacientes con Islandia, Noruega y Turquía).

Se ha estimado que 4100 *pacientes murieron* mientras se encontraban oficialmente en estas listas de espera en el transcurso del 2013, en los veintiocho Estados miembros de la Unión Europea (3780 y 5500 pacientes murieron mientras estaban en las listas de espera en 2012 y 2011, respectivamente). Si se incluyen los pacientes de Islandia, Noruega y Turquía, puede estimarse que 6000 *pacientes murieron* mientras se encontraban en las listas de espera durante 2013¹⁷.

Y la mayor parte de estos pacientes en lista de espera podían ser salvados, porque esperaban la cesión de un riñón o de un pulmón o de una parte de un hígado.

Los diversos reportes demuestran que el modelo altruista puro, basado exclusivamente en la benevolencia y en la diligencia de los donantes (diligencia en el inscribirse en la lista de donantes), así como en la benevolencia de las familias supérstites, claramente no funciona, no tutela suficientemente la vida humana y el bienestar de los pacientes en espera de un trasplante, que deben soportar listas de espera largas, extenuantes, costosas, y tormentosas. ¿Cómo funciona, en cambio, el modelo croata o español, que llamaré «altruista impuro»? En primer lugar, se elige para cada hospital a un coordinador de trasplantes, generalmente un médico especialista en terapia intensiva, que se encuentre entrenado, mediante un *training* o curso específico, para identificar

17. *Journalist Workshop on Organ Donation and Transplantation – Recent Facts & Figures*, 26/11/2014, encargado y producido por la Comisión Europea, Bruselas, https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/blood_tissues_organs/docs/ev_20141126_factsfigures_en.pdf (cursivas propias). El Registro Mundial de Trasplantes, que gestiona la ONT, afirma que: «En cuanto a la lista de espera, a fecha 31 de diciembre 2016, los datos del Registro Mundial cifran en 59168 los enfermos europeos que engrosan este listado. Según estos mismos datos, 3795 *personas* fallecieron en la Unión Europea a lo largo de todo el año a la espera de un trasplante». http://www.ont.es/Documents/08.09.2017%20NP%20Datos%20Registro%20Mundial%20de%20Trasplantes_.pdf (cursivas propias). NdT: La traducción del inglés original al castellano es propia.

potenciales donantes, acercarse a la familia y hacer cuanto sea necesario, de modo compasivo y profesional, para convencer a la familia de dar el consentimiento para la donación, es decir, hacer entender la importancia del donar órganos para salvar otras vidas humanas.

En segundo lugar, las legislaciones croata y española prevén un sistema favorable a la donación, en el sentido de que un ciudadano es considerado donante salvo que exprese por escrito una voluntad en contrario. Si el ciudadano no ha expresado una voluntad en contrario, la familia al momento del fallecimiento es informada sobre la posibilidad de donar, y el consentimiento de la familia es siempre respetado. En tercer lugar, existe un coordinador nacional de trasplantes, con un equipo o una organización nacional de coordinadores de trasplantes, dependiente del Ministerio de la Salud (en España, ONT). En cuarto lugar, Croacia incluso prevé un sistema de reembolsos al hospital donante. En quinto lugar, igualmente importantes son la educación, la promoción, la organización de campañas públicas a favor de la donación, para hacer crecer el conocimiento sobre la importancia de la donación. En sexto lugar, un elemento clave del éxito español parece ser el hecho de que se utilizan muchos donantes ancianos: la mitad supera los sesenta años, el 30% los setenta. Los donantes muy ancianos no siempre son adecuados para los trasplantes de corazón, pero sí para hígado y riñones¹⁸. Finalmente, se podrían prever incentivos económicos para la familia de la persona fallecida, es decir del potencial donante fallecido.

4. ¿UN MODELO RAZONABLE DE INCENTIVOS ECONÓMICOS A LA CESIÓN ENTRE VIVOS Y DE TUTELA DEL BIENESTAR DEL CEDENTE?

Hemos visto que es posible realizar objeciones, desde mi punto de vista, insuperables tanto hacia el modelo altruista puro como hacia el modelo del mercado puro. Si el modelo altruista impuro, en un futuro, mejorase aún más su *performance*, si, es decir, en un futuro Croacia, España, u otro Estado que adoptase este modelo, lograse (por ejemplo, en diez años) eliminar las listas de espera y, sobre todo, la mortalidad de aquellos que esperan un trasplante, entonces no hay motivo para pensar en otras soluciones. Si, sin embargo, el modelo croata o español no funcionase en el futuro —en el 2015, en Croacia todavía había 20 personas fallecidas a la espera de un trasplante (a la espera de un trasplante de riñón o de hígado), que podían ser salvadas, y 445 personas en lista de espera (frente a 399 trasplantes), mientras que en España, en el 2016 y 2017, todavía cerca del 10% de los potenciales receptores enfermos (5480 los pacientes en lista de espera en el 2016, 4896 en el 2017¹⁹) murió a la espera de un trasplante—, algunos

18. Cfr. Sánchez 2015; Stela Živčić-Ćosić, Mirela Bušić, Željko Župan, Gordana Pelčić, Martina Anušić Juričić, Željka Jurčić, Mladen Ivanovski, Sanjin Rački 2013, 54.

19. Según el *Balance de actividad de la Organización Nacional de Trasplantes* del 2017, (<http://www.ont.es/Documents/Datos20172018ENE11.pdf>), ha habido 2183 donantes frente a 5261 trasplantes, con el récord

autores sostienen que se debe probar alguna forma de legalización de los incentivos económicos a la cesión de órganos de cedentes vivos. Establecido que el modelo altruista impuro podría ser adoptado contemporáneamente con un modelo de incentivos económicos a la cesión de órganos entre vivos, ¿existe un modo de tutelar los valores de la autonomía individual y de la vida humana, y de evitar la canibalización y la explotación de la clase más pobre por parte de la clase más rica? ¿Existe un compromiso posible? En primer lugar, para evitar formas de graves desigualdades de oportunidad, desde el punto de vista de la demanda de órganos (es decir, para evitar que solamente los más ricos se beneficien del aumento de los órganos disponibles), es suficiente con que el Servicio o sistema sanitario nacional, o agencias gubernamentales creadas *ad hoc*, centralicen un sistema de extracción de los órganos, pero sobre todo la distribución de los órganos para los trasplantes²⁰. En otras palabras, todos, ricos y pobres, deberían beneficiarse del crecimiento de la disponibilidad de órganos para trasplante y tales órganos deberían ser distribuidos según criterios de gravedad de la enfermedad y urgencia, no según los ingresos del donatario.

En este sentido, el Servicio o sistema sanitario nacional proporcionaría incentivos económicos a la cesión de órganos entre vivos, que pueden ser de varios tipos, desde descuentos fiscales hasta verdaderas y propias daciones en dinero. Tales incentivos eliminarían el problema que hemos visto de la estipulación de los contratos, dado que

de 46,9 donantes por millón de habitantes. Si es cierto que el 10% de los pacientes en lista de espera muere cada año, haciendo un cálculo aproximativo para eliminar la muerte de personas en lista de espera debería ser suficiente que España llegase a 53,7 donantes por millón de habitantes. No discutiré si sea éticamente admisible consentir los incentivos económicos a la cesión de órganos entre vivos, no para eliminar la muerte de personas en lista de espera, sino para eliminar del todo las listas de espera, es decir los grandes sufrimientos de los pacientes en diálisis o con otros problemas conectados al funcionamiento defectuoso de un corazón o de un hígado, aunque no falten algunas buenas razones en favor de tal solución. «Diversos estudios (Almutaru et al., 2013; Astroth et al., 2013) muestran como entre los síntomas más comunes de la insuficiencia renal crónica (IRC), la fatiga, la sensación de somnolencia, el dolor y el prurito son aquellas que tienen un impacto más significativo sobre la CdV [calidad de vida] de estos pacientes. (...) Del presente estudio surge que Salud y Familia han sido reportadas, con la misma frecuencia, por la mayor parte de los pacientes. La importancia de la Salud para la CdV del paciente en diálisis es confirmada por la evaluación de esta en la escala de Importancia. Además, los pacientes informan que se encuentran escasamente satisfechos en relación con las propias condiciones de salud». Riviello, G. Cangini, V. Cremonini, P. Todeschini, K. Mattarozzi 2015. «En general, pacientes con enfermedades renales en la etapa terminal deben afrontar muchas adversidades, como: síntomas físicos fastidiosos; programas alimenticios especiales; transformaciones a nivel físico; cambios en los objetivos personales, sociales, y profesionales; adaptación de la vida a una enfermedad crónica. Las enfermedades crónicas e invalidantes comportan serios efectos sobre la calidad de vida de los pacientes y pueden influenciar los aspectos sociales, financieros, y psicológicos. En lo que respecta a la diferencia de calidad de vida, desde el punto de vista psico-social, entre pacientes sometidos a hemodiálisis y pacientes sometidos a diálisis peritoneal, parecería que los segundos logran tener una mejor calidad en el día a día. Sin embargo, desde el punto de vista físico, parece que los pacientes sometidos a hemodiálisis se encuentran mejor. En términos de salud mental, los pacientes en hemodiálisis han reportado mayor ansiedad, insomnio y mayores síntomas depresivos». Cfr. <https://www.pazienti.it/news-di-salute/la-qualita-della-vita-di-un-paziente-in-dialisi-19102017>. Cfr. también Zazzeroni L., Pasquinelli G., Nanni E., Cremonini V., Rubbi I. 2017. NdT: Las traducciones del original italiano al castellano son propias.

20. Para soluciones similares, cfr. Fabre 2006, 34 del cap. *Organ Sales*.

el cedente podría hasta el momento de la extracción del órgano renunciar al incentivo y a la cesión de órganos.

Algunas propuestas interesantes conciernen también a la tutela del bienestar del cedente. Como dice Sommaggio: «En lo que respecta a la remoción de los desincentivos, las propuestas del *report* son las siguientes: (...) los donantes y sus familias no deberán sufrir ningún daño debido a la extracción; se habla del reembolso de los gastos o de la ganancia perdida, del seguro o del cuidado de los efectos colaterales de la cesión»²¹.

En particular, la propuesta de incentivos de algunos autores prevé:

Un sistema aceptable de incentivos para la cesión debe asegurar –tanto para el cedente (y la familia del cedente, en el caso de cesión cadavérica) y el receptor– respeto, beneficio, y protección contra daños. Más específicamente: (i) el cedente (o familia) es respetado como una persona que es capaz de tomar decisiones en su mejor interés (autonomía); (ii) se provee al potencial cedente (o familia) de información apropiada para apoyar la producción de decisiones informadas (consentimiento informado); (iii) la salud del cedente es promovida a cada paso, incluyendo evaluación y seguimiento médico (respeto por la persona); (iv) el incentivo para cedentes vivos debe ser de valor adecuado (y capaz de mejorar las circunstancias del cedente); (v) la gratitud es expresada por el acto de cesión. Los elementos críticos de tal sistema serían la protección, regulación, vigilancia y transparencia bajo los auspicios del apropiado ente gubernamental o ente apropiado por el gobierno²².

Tales autores hablan de tutelar, en máximo grado, el bienestar del cedente y su salud. ¿Se puede lograr? Se habla de realizar un seguro sobre la vida del cedente, pero también de colocar al eventual cedente, por ejemplo, de un riñón, en el caso de que este haya contraído una enfermedad en el único riñón restante, en las listas de espera de un trasplante de riñón con absoluta prioridad respecto de todos los otros potenciales receptores. De este modo, mediante el cuidado de los efectos colaterales del trasplante y a través de la inserción del cedente en las listas de espera de un trasplante con absoluta prioridad sobre cualquier otro, ¿puede tutelarse al 100% la salud y la vida del cedente, impidiendo, de esta forma, la canibalización de las clases más pobres por parte de la mayor parte de la población? Si la salud y la vida del cedente fuesen tuteladas plenamente, no habría ninguna canibalización, porque aquellos que, de pocos recursos, se encontrasen constreñidos a ceder a título oneroso un órgano (recibiendo el incentivo

21. Sommaggio 2017, 513. «Los donantes (o las familias de estos) no deberían sufrir ninguna carga financiera a corto o a largo plazo como consecuencia de la donación de órganos. Los desincentivos para la donación entre vivos deberían ser eliminados. Como mínimo, esto debería implicar el reembolso de los gastos y de la pérdida de ingresos, junto con la provisión de un seguro por discapacidad a largo plazo, seguro de vida a largo plazo y el cuidado de complicaciones relacionadas con la donación. En algunos países, puede también haber desincentivos para la donación cadavérica (por ejemplo, los costos del viaje de la familia al centro médico para dar el consentimiento). Estos deberían ser abordados y anulados. Dentro de cada país, deberían promulgarse políticas públicas para maximizar el beneficio de los programas de donación cadavérica. Esto es particularmente importante para aquellos que están esperando por trasplantes extra-renales, donde la donación entre vivos no es una opción». Matas et al, 2012, 308. NdT: Las traducciones del italiano y del inglés al castellano son propias.

22. Matas et al, 2012, 308. NdT: La traducción del original inglés es propia.

económico previsto) no sufrirían un daño físico o psicológico relevante (a través de una interferencia en el ámbito corporal).

El defecto fundamental de muchas contribuciones sobre el tema de la legalización de los incentivos a la cesión de órganos entre vivos es, lamentablemente, el guardar silencio con relación a los efectos de una extracción de riñón o pulmón sobre la salud y sobre la vida del cedente. Haré referencia sobre todo a los trasplantes de riñón, que son los más frecuentes. El problema es que los resultados de los estudios son controvertidos, no son claros los efectos a medio y largo plazo de una nefrectomía. En primer lugar, la tasa de mortalidad prevista, en caso de una operación de nefrectomía, varía, según los estudios, del 0,02% al 0,03%, hasta el 0,04%, es decir en promedio 3 de cada 10000, riesgo en abstracto bajo, pero todavía siempre existente. También la morbilidad operatoria y postoperatoria (es decir, el grado de incidencia de complicaciones médicas graves y menos graves, operatorias y postoperatorias) varía, según los estudios, del 10% al 17%, en un estudio llega incluso al 27%²³.

En segundo lugar, algunos estudios señalan a menudo, como efectos a medio o largo plazo, una baja tasa de filtración glomerular (TFG), hipertensión, un elevado nivel de proteínas en la orina. El problema es que algunos estudios señalan que una baja TFG, hipertensión, proteinuria son, a su vez, factores de riesgo para enfermedades cardiovasculares y mortalidad cardiovascular²⁴. Los estudios suecos y estadounidenses que señalan, en cambio, la misma probabilidad de tener enfermedades renales y cardiovasculares entre donantes vivos y no donantes se basan, a menudo, en una comparación entre un grupo de donantes vivos y la población general, donde, sin embargo, el grupo de control seleccionado entre la población general no se sujeta a un *screening* para identificar eventuales enfermedades no diagnosticadas o riesgos de enfermedades²⁵. Por el contrario, un estudio americano señala una probabilidad aproximadamente diez veces mayor para los donantes vivos, con respecto a un grupo de control de no donantes saludables, de desarrollar una enfermedad renal grave (*end stage renal disease*), con un *follow-up* de quince años²⁶; en particular, 30 casos de enfermedad renal grave cada 10000, un riesgo absoluto inferior al 1%. Un estudio noruego señala una probabilidad mayor de morir por problemas cardiovasculares y por otras causas para los donantes vivos de riñón con respecto a un grupo seleccionado de no donantes saludables. En particular, según el estudio noruego, se habla de una posibilidad 11 veces superior de desarrollar una enfermedad renal grave (*end stage renal disease*), enfermedad desarrollada en el 0,47% del grupo de donantes seleccionado (por tanto, un riesgo siempre inferior al 1%), y 1,40 veces de mayor probabilidad de morir de enfermedades cardiovasculares para los donantes vivos²⁷. La ventaja de este estudio noruego, con respecto a los otros, es evaluar la presencia de enfermedades para un *follow-up*, es decir un período

23. Cfr. Ghods 2010, 66-67.

24. Cfr. Ghods 2010; Ngan, K. L., Lentine, A. S. Levey, B. L. Kasiske, A. X. Garg 2015.

25. Cfr. Ghods 2010, 68. Ngan, K. L., Lentine, A. S. Levey, B. L. Kasiske, A. X. Garg 2015, 2.

26. Cfr. Ngan, K. L., Lentine, A. S. Levey, B. L. Kasiske, A. X. Garg 2015, 3-4.

27. Cfr. Ngan, K. L., Lentine, A. S. Levey, B. L. Kasiske, A. X. Garg 2015, 2-3.

de control, más largo, de entre quince y veinticinco años; mientras que otros estudios, que identifican la misma probabilidad de desarrollar enfermedades renales o cardiovasculares, por parte de donantes vivos y de no donantes, tienen un *follow-up* más corto, es decir, seis-siete años. El defecto del estudio noruego, se argumenta, sin embargo, es que el grupo de control quizás no es representativo de la población noruega, porque la investigación fue hecha en la región rural *NordTrøndelag*, donde la expectativa de vida es más alta que la media nacional²⁸. La misma cosa para los estudios sobre la mortalidad general (*all-cause mortality*): estudios japoneses, suecos y estadounidenses, comparando un grupo de donantes vivos de riñón con la población general por un período de *follow-up* de seis-siete años, no han encontrado mayores probabilidades de mortalidad de los donantes vivos de riñón, mientras que el ya citado estudio noruego, con un *follow-up* de quince años, señala una mortalidad mayor del 5% de los donantes vivos de riñón con respecto a los no donantes. Finalmente, los donantes vivos de riñón parecen tener una mayor probabilidad, entre 1,5 y 2%, de desarrollar gota, mientras las mujeres donantes vivientes de riñón tienen una mayor, no elevada, probabilidad de desarrollar gestosis o preeclampsia²⁹.

Como decía, en el caso en el cual el riñón restante del cedente vivo se enfermase, el sujeto, sin un trasplante, correría riesgo de muerte, pero la reducción de la expectativa de vida podría ser eliminada, como ya fue dicho, insertando al cedente cuyo único riñón se enfermase en las listas de espera de un trasplante de riñón con absoluta prioridad con respecto a otros. Esto significaría, sin embargo, otra nefrectomía, es decir una ulterior probabilidad, 3 sobre 10000, de morir durante la operación. Pero esta solución no vale para las enfermedades cardiovasculares. Sería necesario, en definitiva, que existieran estudios más en profundidad, instituyendo un registro general de todos los cedentes vivos de riñón, de forma tal que se podrían controlar, por períodos de tiempo largos, las tasas de mortalidad, las razones de mortalidad y la incidencia estadística de enfermedades renales y cardiovasculares, respecto de la población general y respecto de grupos de control de no donantes sanos y más restringidos. Igualmente importante es que haya nuevos estudios y datos empíricos suficientemente seguros sobre la relación entre baja TFG, proteinuria, hipertensión y enfermedades renales y cardiovasculares. Una vez que haya estudios más en profundidad, el potencial cedente vivo de riñón podría ser informado correctamente acerca de los hechos relevantes.

Huelga decir que tal modelo de incentivos económicos a la cesión de órganos entre vivos debería ser implementado solo y exclusivamente en relación con los residentes (por un cierto período) en el territorio nacional, en el cual opera el Servicio o sistema sanitario nacional de referencia, para evitar cesiones por parte de sujetos pobrísimos que viven en Estados no occidentales. El problema de la canibalización de las clases más pobres está conectado a aquel de la *exploitation*.

28. Cfr. Ngan, K. L., Lentine, A. S. Levey, B. L. Kasiske, A. X. Garg 2015, 2-3.

29. Cfr. Ngan, K. L., Lentine, A. S. Levey, B. L. Kasiske, A. X. Garg 2015, 5-6.

5. EL PROBLEMA DE LA *EXPLOITATION*

No elaboraré una concepción general de la *exploitation*, que resuelva todos los casos dudosos, sino una definición modelada sobre la base de los casos paradigmáticos o más comunes, y que sea útil a fin de resolver el problema de los incentivos a la cesión de órganos. Existe generalmente *exploitation* cuando un sujeto obtiene una ventaja injusta de una situación de necesidad o constricción de otro sujeto, o de una situación de inferioridad psíquica, situación de necesidad o constricción o de inferioridad psíquica que no ha sido creada por el potencial explotador, sino por fuerzas externas al individuo, como el caso fortuito, las fuerzas de la naturaleza, el ADN, la educación familiar, el mercado, o la falta de tutela de los derechos fundamentales por parte del Estado. Al igual que Arneson o Goodin no considero, como sucede en el lenguaje ordinario, *exploitation* a la hipótesis en la cual Ticio mata a Cayo y le roba, porque es cierto que Ticio ha obtenido una ganancia injusta (ha robado a Cayo), pero el aspecto determinante para describir la situación es el homicidio y el robo, no la explotación, que se vuelve secundaria. El concepto de explotación a menudo aparece en juego cuando no hay otras categorías más graves (homicidio, robo, extorsión, fraude, violación) para describir y condenar moralmente la situación, cuando no tenemos otras categorías para describir la injusticia de la situación³⁰. Si Ticio obliga por la fuerza a Caya a tener una relación sexual («O tenemos sexo, o te rompo un brazo»), claramente se aprovecha de la situación, pero la categoría determinante para describir la situación es que hay violencia sexual, no explotación. Obviamente, hay muchos casos dudosos o de frontera, en los cuales puede existir tanto *exploitation* como, por ejemplo, violencia sexual. Si un individuo induce a alguien a realizar actos sexuales abusando de su condición de inferioridad psíquica, que puede ser también un estado de grave angustia o ansia o depresión temporal, o un estado de grave sujeción psicológica debida a la creencia de que el violador es un mago con poderes ocultos, podemos tener tanto violencia sexual (en el sentido del artículo 609 bis, Código Penal italiano) como explotación³¹.

Obtener un beneficio injusto significa que en muchos casos (aquella que puede ser descrita como) la oferta hecha por el potencial explotador, a pesar de que, desde un cierto punto de vista, genere una mejora de la situación de la víctima, viola, desde el punto de vista moral, los derechos de la víctima, es decir que el potencial explotador obtiene un beneficio del hecho de que alguien es forzado a elegir entre dos situaciones que se consideran, moralmente, ambas inaceptables. Por ejemplo, si Ticio se encuentra en el desierto y se está muriendo de sed, encuentra a Cayo que tiene una abundante reserva de agua, y Cayo le propone venderle el agua por 100000 euros, Cayo está violando el derecho de Ticio a pagar el agua a un precio de mercado, el derecho de Ticio a no ser forzado a elegir entre la muerte y dar 100000 euros a Cayo. Si Ticio aceptase

30. Cfr. Arneson 1992; Goodin 1988.

31. Cfr. la jurisprudencia italiana citada en: <https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-xii/capo-iii/sezione-ii/art609bis.html>.

la oferta, estaría sufriendo un daño económico. Lo mismo en el caso en el cual Ticio se está ahogando y encuentra a Cayo a bordo de su barca (que podría salvarlo), y Cayo le pide 100000 euros para salvarlo³².

En este sentido, no acepto la distinción de Wertheimer entre *consensual exploitation* y *non consensual exploitation*, porque el explotador siempre se aprovecha de una situación en la cual la víctima es forzada (por ejemplo, por necesidad o por pobreza) a aceptar su oferta, o en la cual el consentimiento de la víctima no es suficientemente válido, está viciado por engaño, ignorancia de los hechos relevantes, momentánea irracionalidad, entonces la voluntad de la víctima siempre se encuentra fuertemente comprometida. Ni tampoco tiene sentido distinguir, como Wertheimer, entre *harmful exploitation* y *mutually advantageous exploitation*, porque los casos de explotación mutuamente beneficiosa son de hecho casos en los cuales la víctima recibe una mejora por la transacción (Ticio se está muriendo de sed y recibe una botella de agua por 100000 euros), pero esta mejora (beber agua), con respecto a la situación inicial (morir de sed), representa también una violación de los derechos de Ticio, un daño económico (dar 100000 euros) en el caso de Ticio que se estaba muriendo de sed³³. No veo mucho sentido en llamar *simplemente* mutuamente beneficiosa a una situación en la cual Ticio, que se está muriendo de sed, recibe una botella de agua de Cayo, y Cayo recibe 100000 euros, porque la ganancia de Cayo es irrazonable, viola los derechos de Ticio; entonces, en este sentido, toda *exploitation* es, desde un cierto punto de vista, dañosa, *harmful*. La situación precedente, aquella en la cual Ticio (que se está muriendo de sed en un desierto) recibe una botella de agua de Cayo por 100000 euros, es correctamente descrita como una situación, desde un cierto punto de vista, beneficiosa para ambos, porque Ticio obtiene una mejora (tomar agua) con respecto a la situación inicial (morir de sed); pero, desde otro punto de vista, dañosa, dañosa con respecto a lo que Ticio habría tenido derecho, porque existe también un daño, que depende del hecho de que Ticio sufre un agravio económico absolutamente desproporcionado.

Una persona, por ejemplo, un trabajador tiene derecho a no ser forzado, por la pobreza, a trabajar diez-doce horas por día, tiene el derecho de no realizar turnos de trabajo masacrantes, tiene el derecho a las vacaciones y al reposo, es decir, tiene derecho a no ser forzado por la pobreza a renunciar al reposo y a las vacaciones. Tiene derecho a un ambiente de trabajo salubre. El goce de estos derechos garantiza que Ticio no sufra un daño psicofísico o un daño psicológico serio debido a una interferencia significativa en su esfera corpóreo-perceptiva (realizar un turno masacrante de doce horas al día).

32. La filosofía del derecho penal y la dogmática penal distinguen usualmente entre amenazas (*threats*) y ofertas (*offers*). En principio, hay amenaza cuando un individuo se compromete, frente a otro, a llevar a cabo un acto que producirá un empeoramiento de la situación de la víctima, al menos con respecto a las expectativas razonables que la víctima misma tenía antes de la propuesta. Mientras que hay oferta cuando Ticio se compromete, frente a Cayo, a llevar a cabo una acción que producirá una mejora de la situación (económica, social) de Cayo, al menos con respecto a las expectativas razonables de Cayo. En relación con tal distinción, surgen, como se sabe, numerosos casos difíciles que no podemos aquí profundizar. Cfr. Maniaci 2012, cap. I.

33. Cfr. Wertheimer 1996, 14.

¿Tiene derecho Ticio a no ser forzado por la pobreza absoluta a ceder un riñón a cambio de un incentivo económico? Sí, lo tendría, porque la pobreza absoluta es una situación de injusticia, por tanto una en la cual Ticio sufre una presión coercitiva injusta, y donar un riñón estando vivo es, por cierto, donar una parte importante del propio cuerpo³⁴. Si la nefrectomía *no implicase* un daño a la salud o un riesgo significativo, incluso bajo, de un daño a la vida o a la salud, cosa que todavía no es clara, sufrir tal presión coercitiva, como un incentivo económico para una persona que vive en la pobreza absoluta, no sería, sin embargo, una situación de grave injusticia, en la medida en que deberíamos ponderar el derecho de Ticio a no ser forzado por la pobreza a donar un riñón y el derecho a la vida de todos los potenciales receptores.

Ticio tiene un derecho fundamental e intangible, no ponderable, a no ser forzado, por la pobreza, a sufrir un daño físico, psicofísico, económico grave, un daño psicológico serio debido a una interferencia significativa en su esfera corpóreo-perceptiva (efectuar un turno masacrante de trabajo doce horas al día), o una violación de su libertad sexual, o a exponerse al riesgo medio o elevado, o incluso bajo, de un daño a la vida o a la salud, salvo que un riesgo bajo de un daño a la salud sea razonablemente inevitable, es decir un riesgo que asume un obrero común, trabajador manual o camionero, no obstante las grandes precauciones tomadas por el dador de trabajo, o salvo que sea un trabajo poco común, como soldado o boxeador, que alguien puede elegir por razones personales. Y no sabemos si la extracción del riñón implica un riesgo medio, o incluso bajo, de un daño físico o psicofísico. Se debe considerar que la pobreza absoluta, de por sí, crea un mayor riesgo de daños futuros a la salud (dadas las peores condiciones de alimentación), entonces mejor no agravar la situación. Así, desde el punto de vista subjetivo, Ticio podría ser eventualmente *forzado*, por la pobreza, a donar un riñón a cambio de un incentivo económico, pero, desde un punto de vista objetivo, si la extracción del riñón no conllevara un daño o un riesgo serio, o incluso bajo, de un daño a la salud o a la vida, estaría sufriendo una presión coercitiva no gravemente injusta, como quien es forzado por la pobreza a trabajar. Ticio, de hecho, no tiene el derecho a ser pagado si no trabaja. Al mitigar o reducir de modo significativo el grado de coerción subjetiva, se puede agregar que el incentivo económico debería ser significativo, por ejemplo 30000 o 50000 euros. En este caso, puede suceder que Ticio done un riñón a cambio del incentivo de 30000 para salir de la pobreza por cuatro años (comprando bienes de primera necesidad), o, más verosímilmente, que Ticio done un riñón a cambio de un incentivo para cumplir el deseo de comprar un automóvil nuevo o una embarcación a vela. De la misma forma, si el incentivo es así de elevado, 30000 o 50000 euros, puede suceder que otras personas, que no sufren de pobreza absoluta, elijan donar un riñón a cambio de un incentivo económico, con el fin, por ejemplo, de comprar un automóvil nuevo. Una posible solución al problema, si nuevos estudios sobre los riesgos a largo plazo de una nefrectomía confirmasen, como parece que exista actualmente, un riesgo, bajo, de daño a la salud o a la vida en caso de cesión de un órgano entre vivos,

34. Fabre 2006, 26 del cap. *Organ Sales*.

sería que los pobres, en sentido absoluto, sean excluidos de la cesión de órganos entre vivos, según un análisis del ministerio o agencia competente³⁵ sobre los ingresos y el patrimonio del potencial cedente.

Es evidente, por último, que el problema de lo que debería o no debería permitirse a personas que viven en un grave estado de indigencia da lugar a *dilemas trágicos*, en los cuales ambas soluciones posibles al dilema son igualmente inmorales o injustas. En primer lugar, algunos autores como Fabre señalan que los pobres en sentido absoluto pueden ya, independientemente de la legalización de incentivos a la cesión de órganos, correr riesgos medios o elevados para la vida y la salud, llevando adelante trabajos arriesgados, aunque bien remunerados, como volverse soldados involucrados en operaciones militares en el extranjero, personas que se ocupan del desminado de zonas minadas, o realizar deportes profesionales arriesgados como el boxeo. Entonces, por coherencia, debería también permitirse la cesión onerosa de órganos. En segundo lugar, parecería que negando a los pobres en sentido absoluto la posibilidad de acceder a los incentivos para la cesión de riñones se les daña *dos* veces, la primera vez porque el Estado no les ayuda con subsidios adecuados, la segunda impidiéndoles salir de la pobreza absoluta mediante el incentivo previsto por la cesión de un riñón por parte de un cedente vivo³⁶.

Y, sin embargo, este argumento va demasiado lejos³⁷, porque de lo contrario deberíamos permitir a personas indigentes que acepten trabajos que los expongan a medios, elevados o graves riesgos para la salud en empresas, por ejemplo, químicas, petroquímicas o establecimientos nucleares que no adopten determinados estándares de seguridad, o que acepten turnos de trabajo de catorce horas por día, o que acepten trabajos en ambientes poco salubres. Sin perjuicio, como ya dicho, de que el Estado tiene la obligación de tutelar algunos derechos fundamentales (como una retribución adecuada, una pensión de jubilación adecuada, un subsidio de desempleo involuntario adecuado, adecuados para llevar adelante una vida digna y para salir de la pobreza absoluta), creo que es preferible, si el Estado no tutelase los derechos mencionados, minimizar el riesgo para la salud y la vida de personas gravemente indigentes. Mientras que se puede suponer que una persona gravemente indigente puede razonablemente elegir entre un trabajo normalmente remunerado y poco riesgoso, obrero metalúrgico-mecánico, y un trabajo mucho mejor remunerado pero más riesgoso, como soldado en el extranjero o boxeador, y que tal persona indigente puede a menudo tener otras motivaciones personales, como el amor por el boxeo o el patriotismo, para volverse boxeador o soldado, me parece preferible evitar que una persona sea forzada por la pobreza a donar un riñón, con una posible disminución de la expectativa de vida.

35. NdT: En el original, «*Agenzia delle entrate*» (el ente público italiano competente principalmente sobre cuestiones relacionadas con impuestos y obligaciones fiscales). Ha sido traducido aquí con un término más genérico para abarcar sistemas donde no sea un ente similar el que posea esas competencias.

36. Fabre 2006, 27-29 del cap. *Organ Sales*.

37. NdT: La expresión original es «*prova troppo*», que implica que el argumento conduce a justificar conclusiones que no serían compartidas por quien aduce el argumento.

Si el Estado no tutelase los derechos fundamentales de los trabajadores, de los obreros, como el derecho al descanso, a vacaciones, a un ambiente de trabajo salubre, todos los pobres serían constreñidos a aceptar siempre trabajos peligrosos por la salud o la vida, no tendrían ninguna elección. Lo mismo pasaría con la cesión de órganos. Si fuese posible, todos los pobres (porque tienen un trabajo a tiempo parcial, o porque hay mucho desempleo, o porque el subsidio de desempleo no es suficiente, o porque tienen una familia con cuatro personas y un solo empleo) serían constreñidos a donar los órganos, un riñón, la mitad del hígado, un pulmón, con un riesgo importante por la salud y una disminución de la expectativa de vida. Los pobres se volverían *la reserva de órganos* del país. El desempleo o el subsidio insuficiente de desempleo son usualmente temporales; la cesión de órganos es permanente. Todos pueden donar un órgano, pero muy pocos pueden ser boxeadores, luchadores de lucha libre o *wrestling* profesional, o soldados en el extranjero (en Italia, en 2017, había 6500 soldados involucrados en operaciones militares en el extranjero). Ser luchador de lucha libre o soldado en el extranjero es algo que debe quererse mucho, que posee particulares requisitos físicos y psíquicos necesarios, que requiere muchos sacrificios y mucha formación, y que supone mucha voluntad y motivación personal; es algo que, normalmente, alguien elige.

¿Qué significa que Ticio, que sufre pobreza absoluta, estaría sufriendo, desde el punto de vista subjetivo, una presión coercitiva, mientras que, desde el punto de vista objetivo, si la nefrectomía no implicase un daño o riesgo serio, o incluso bajo, de un daño a la salud o a la vida, tal presión coercitiva no sería gravemente injusta? Depende de la concepción de la coerción que acepto, que es mixta, en parte subjetiva, en parte objetiva. Una concepción de la coerción (desde el punto de vista de la víctima), hemos visto, es una parte importante (en muchos casos) de una concepción de la *exploitation*.

Existen (al menos) dos concepciones de la coerción o de la constricción³⁸. Donde por «coerción» o «constricción» hago referencia, como Wertheimer mismo, a un conjunto de «*coercion claims*», de expresiones («ejercer la coacción, la coerción, la fuerza, constreñir», desde el punto de vista activo o «ser forzado, ser obligado, actuar en estado de seria falta, de necesidad» desde el punto de vista pasivo) que tienen significados similares. Una concepción «subjetiva», «internalista» o «formal» de la coerción y una concepción objetiva, sustancial, también llamada «moralizada». Según la concepción subjetiva, la coerción nace de una cierta relación entre los deseos de un sujeto y las opciones a su disposición, opciones limitadas por fuerzas externas al individuo. En el momento en el cual, en cualquier sentido, las opciones disponibles son insuficientes para llevar a cabo los deseos que el sujeto considera importantes, podemos, desde el punto de vista subjetivo, hablar de «constricción». Usamos la concepción subjetiva cuando decimos que Ticio ha sido *constreñido* a vender su vieja motocicleta con el objetivo de comprar una nueva. En este caso, los aspectos relevantes son (a) el *sacrificio* relativo a la venta de la vieja motocicleta (por tanto la tristeza de haberlo hecho,

38. Cfr. Anderson 2006; Wertheimer 1987, 3 y ss. Wertheimer llama a la concepción formal «empírica o «avalutativa»». Para profundizar el argumento de la concepción mixta y su valor cfr. Maniaci, 2012, cap. I.

la tristeza de haber tenido que hacer esta elección); (b) el deseo intenso de tener dos motocicletas, la vieja y la nueva; (c) el hecho de que el deseo de comprar una nueva motocicleta sea considerado por Ticio como más importante que aquel de no vender la vieja; y (d) la ausencia de otras opciones que el individuo considera satisfactorias. Ticio, por ejemplo, también podría haber comprado la segunda motocicleta, sin vender la primera, comenzando a trabajar dieciocho horas por día o comiendo muy poco. Pero no son opciones que Ticio considere aceptables³⁹.

Ahora bien, una concepción del todo subjetiva de la coacción resulta muy problemática. Un síntoma de este problema (pero solo un *síntoma*) es que esta, a veces, no es compatible con el uso, en el lenguaje ordinario, del término «coerción». Cuando tomamos en consideración preferencias «extrañas», «anormales», según criterios compartidos por la mayoría de las personas en la comunidad de referencia, la concepción subjetiva entra en crisis. Imaginemos que Ticio se aburre mucho y que le gusta mucho la compañía de Cayo. Cayo, sacando provecho de la situación, amenaza a Ticio con no hablarle más si este no le entrega, cada mes, un quinto de su sueldo. Pocos, en las comunidades occidentales, calificarían a esta como una extorsión, y es un poco extraño afirmar que Ticio ha sido «constreñido» a entregar a Cayo un quinto de su sueldo. La razón es que podríamos describir la situación también de esta forma: Ticio prefiere (o ha elegido, decidido) dar a Cayo un quinto de su sueldo, en vez de perder su compañía. Ticio prefiere que se verifique el evento A (ceder un quinto del sueldo) en vez de que se verifique el evento B (perder la compañía de Cayo). En el lenguaje ordinario,

39. Es importante precisar que, en la literatura anglosajona, el término «*coercion*» (coerción, en castellano) no tiene un significado idéntico al castellano «constricción» y al italiano «*costrizione*». *Coercion*, de hecho, como en parte «coacción» en castellano y «*coazione*» en italiano, hace referencia a una interacción dinámica y estratégica entre dos agentes identificables, *coercer* y *coercee*, motivo por el cual se habla de «*coercive threat*» (amenaza) o «*coercive offer*» (oferta coercitiva). En italiano o castellano se dice «*esercitare la coazione*», «ejercer la coacción», sobre alguien. En cambio, tanto en castellano como en italiano, «constricción» o «*costrizione*» es usado también para hacer referencia a situaciones en las cuales las opciones del sujeto se encuentran limitadas, contra su voluntad, por fuerzas externas, en donde el sujeto no tiene (razonablemente) elección, fuerzas externas que, sin embargo, también podrían no ser personas identificables. Podría tratarse de una situación de grave necesidad, como «Ticio se vio constreñido a prostituirse» (en italiano, «*Tizio è stato costretto a prostituirsi*»); de una calamidad natural, como «Ticio se vio constreñido a dejar su casa» (en italiano, «*Tizio è stato costretto ad abbandonare la sua casa*»); de una situación de explotación económica por parte del sistema capitalista (explotación o *exploitation* de los trabajadores de la industria textil), en donde no es fácil identificar un único «*coercer*» o un grupo de «*coercers*». En castellano, como en italiano, se usa el significado de *coercion* cuando hacemos referencia a un sujeto que *constríne* a otro a hacer alguna cosa. Si alguien se prostituye porque no tiene dinero para nutrirse o vestirse podría razonablemente no tener otra opción, pero no puede decirse que *alguien* lo constriña a prostituirse (o amenace con hacerle daño si no se prostituye). Para hacer referencia a otras formas de constricción, en inglés se usan expresiones diferentes, como «*necessity, force, duress, compulsion*». Por ejemplo, Nozick acepta una noción de coerción (*coercion* y *coercive threat*) muy restringida. En el caso en el cual Ticio ofrezca a Cayo dinero a cambio de un servicio sexual, no puede decirse (según Nozick) que Cayo se vea constreñida a prostituirse, incluso si Cayo, por ejemplo, fuese gravemente adicta a la heroína y no tuviese razonablemente otra opción («*She had no choice*»). Cfr. Nozick 1999, 24. Soy consciente del debate que existe sobre las diferencias entre «coacción» y «coerción» en castellano; a los fines del presente ensayo, sin embargo, he decidido no tomar posición al respecto, y usar estos términos de modo intercambiable (como en el original italiano).

el concepto de coerción parece usualmente estar basado en lo que la mayoría de las personas considera como bienes fundamentales. En el sentido de que la amenaza creíble de la privación de tales bienes podrían constreñirla a realizar acciones que de otro modo no habría realizado.

Ahora bien, no habría, en realidad, nada de malo en alejarse de los usos consolidados de un término en el lenguaje ordinario, es decir, del significado que se ha estratificado en el tiempo. Sin embargo, estos ejemplos, como otros, parecen ser el síntoma de la inadecuación de una concepción íntegramente subjetiva. Cualquiera, de hecho, según esta concepción, podría considerarse *constreñido* a realizar muchísimas acciones⁴⁰: el obrero X que se encuentra *forzado* a realizar su trabajo de ocho horas, porque desea fuertemente tener mucho tiempo libre para dedicarse a sus *hobbies*, Caya que no tiene el deseo de hacer el amor con Ticio, pero se encuentra *forzada* a hacer el amor con Ticio, porque prefiere hacer el amor con él en vez de perderlo para siempre, porque Ticio, novio de Caya, le ha comunicado la intención de dejar a Caya y la casa propiedad de Caya, en caso de que Caya, que tiene un trabajo, no desee más hacer el amor con Ticio.

Si la concepción formal de la coerción resulta inadecuada, necesitamos un elemento correctivo objetivo, sustancial (evaluativo). Lo que cuenta como «suficiente presión coercitiva» depende de cuáles derechos fundamentales atribuyamos a un individuo (por ejemplo, derecho a la casa, a un subsidio en caso de desempleo involuntario, a la salud, a la educación), concepción de los derechos fundamentales que a su vez se basa, desde mi punto de vista, en una concepción de la igualdad liberal. Una concepción de la igualdad liberal representa nuestro correctivo «objetivo». Se trata de un elemento correctivo *objetivo* no en el sentido del realismo ético o del objetivismo ético. Sino en el sentido de que tal concepción de la igualdad es elaborada y aplicada independientemente de los deseos y de las preferencias del individuo particular que se considera víctima de coerción. Según una cierta concepción de la igualdad liberal, es posible que el derecho a la salud sea considerado fundamental y sea atribuido, jurídica y moralmente, con independencia de la voluntad del individuo al que este derecho es atribuido, incluso en conflicto con su voluntad. Lo cual no significa que entonces el individuo deba necesariamente ejercerlo, por tanto que la atribución de la titularidad de tal derecho esté necesariamente en conflicto con una doctrina antipaternalista.

Y, sin embargo, también una concepción íntegramente objetiva, evaluativa, «moralizada» resulta, en algunos aspectos, problemática. Según una concepción íntegramente sustancial, existe «coerción» cuando Ticio amenaza a Cayo con realizar algo profundamente injusto, es decir cuando amenaza con vulnerar sus derechos. El problema de una concepción moralizada es que ya no podemos distinguir entre «actos coercitivos aceptables» y «actos coercitivos inaceptables»⁴¹. La diferencia entre un jefe mafioso que explícitamente me hace «una oferta que no puedo rechazar» y un agente del fisco

40. Para tal crítica, cfr. Anderson 2006, § 2.5. Cfr. También Lamond 1996, 223.

41. Sobre concepciones «moralizadas» de la coerción, cfr. Anderson 2006, § 2.3. Pues la réplica de Wertheimer a esta objeción es, para mí, incomprensible cfr. Maniaci 2012, cap. I.

que me amenaza con una ejecución forzada de los bienes de mi compañía, que me forzará a cerrarla, si no pago los impuestos que, según normas jurídicamente válidas y moralmente legítimas, debo efectivamente al Estado no es que en el primer caso (jefe mafioso) hay coerción ya que mis derechos son perjudicados, mientras que en el segundo caso (agente del fisco) *no existiría coerción*. La diferencia, por el contrario, es que en el primer caso el acto coercitivo es injusto, mientras que en el segundo caso *hay* «coerción», pero se la puede considerar moralmente justa, aceptable⁴².

¿Es posible elaborar una concepción alternativa de la coerción, que evite los problemas de aquella subjetiva y de aquella objetiva, pero que preserve el núcleo de verdad de ambas? Creo que sí. En este sentido, adoptaré una concepción de la coacción *mixta*. Se trata, evidentemente, de una redefinición, o de una definición explicativa del término «coerción» o «constricción». Pensando, como ya mencionado, exclusivamente en la dimensión *pasiva* de la coerción, es decir en el punto de vista de quien sufre una forma de coerción (y no en el punto de vista de quien la ejerce), el que una cierta situación represente una «presión coercitiva» depende de una concepción *subjetiva* (independientemente por tanto de quien la ejerza, si individuos determinados o si el sistema en su conjunto). Sobre la base de una concepción subjetiva, podemos incluso identificar el «grado de presión coercitiva» sufrida por el individuo. Como ya dicho, según la concepción subjetiva, la coacción nace de una cierta relación entre los deseos de un sujeto agente y las opciones a su disposición, opciones limitadas por fuerzas externas al individuo. Por lo tanto, dentro de una concepción mixta de este tipo, no es posible que exista coerción si terceros amenazan a un determinado individuo con privarlo de algo que para él no representa un «bien», si no hay frustración de un deseo suyo importante. El requisito subjetivo representa un límite a la posibilidad de considerar determinadas situaciones como una forma de *coerción* en relación con un determinado individuo. También porque no es muy sensato amenazar a alguien con privarlo de algo que no representa para él un «bien».

En lo que respecta al requisito objetivo de esta concepción mixta, este permite determinar o explicitar, donde sea necesario, si la presión coercitiva es o no *suficiente* para excluir o atenuar el carácter voluntario de la realización por parte de la víctima de la acción relevante, por tanto si la presión coercitiva es moralmente *inaceptable*, como en el caso de Ticio (obrero poco especializado y pobre) que decide trabajar doce horas al día para asumir los costos relativos al trasplante de corazón del hijo, o si es, por el contrario, *aceptable*, y por tanto es *insuficiente* para viciar el consentimiento del individuo que afirma que se ha visto forzado a actuar, como en el caso de Ticio que enajena una parte de su cuerpo para comprar una segunda casa en la Toscana. Tal requisito objetivo, evaluativo, depende de una concepción de la justicia; en particular, en lo que me respecta, de una concepción de la igualdad liberal.

42. Esta objeción se puede encontrar en Anderson 2006, § 3.2.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ADAMO, U., 2016: «Eutanasia e diritto costituzionale. Autorità V. Libertà?», *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 1267
- ALEMANY, M., 2005: «El concepto y la justificación del paternalismo», *Doxa*, 28: 265-303
- ALEMANY, M., 2006: *El paternalismo jurídico*. Madrid, Iustel
- ANDERSON, S., 2006: «Coercion», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*
- ARNESON, R., 1992: «Exploitation», *Enciclopedia of Ethics*, ed. by Lawrence Becker, New York Garland
- ATIENZA, M., 1988: «Discutamos sobre paternalismo», *Doxa*, 5: 203-214
- Balance de actividad de la Organización Nacional de Trasplantes*, 2016. <http://www.ont.es/Documents/Presentaci%C3%B3nDatos2016-17.pdf>; <http://www.ont.es/informacion/Paginas/Trasplante.aspx>.
- Balance de actividad de la Organización Nacional de Trasplantes* del 2017, <http://www.ont.es/Documents/Datos20172018ENE11.pdf>.
- BECKER, G.S., ELIAS, J.J., 2014: «Cash for Kidneys: The Case for a Market for Organs», *The Wall Street Journal*
- CELANO, B., 1994: *Dialettica della giustificazione pratica*, Torino, Giappichelli
- DICIOTTI, E., 1986: «Paternalismo», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVI, 2: 557-586
- DICIOTTI, E., 2005: «Preferenze, autonomia e paternalismo», *Ragion pratica*, 24: 99-118
- DWORKIN, G., 1983: «Paternalism», in *Paternalism*, ed. by R. Sartorius, Minneapolis: University of Minnesota Press: 19-34
- DWORKIN, R., 2002: *Virtù sovrana*, Feltrinelli
- FABRE C., 2006: *Whose Body is it Anyway?: Justice and the Integrity of the Person*, cap. *Organ Sales*, 1-41, Oxford Scholarship Online, (www.oxfordscholarship.com)
- FEINBERG, J., 1983: «Legal Paternalism», in *Paternalism*, ed. by R. Sartorius, Minneapolis, University of Minnesota Press: 3-18
- FEINBERG, J., 1984: *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Others*. N.Y., Oxford University Press
- FEINBERG, J., 1985: *The Moral Limits of the Criminal Law. Offence to Others*. N.Y., Oxford University Press
- FEINBERG, J., 1986: *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. N.Y., Oxford University Press
- GARDNER, J., 1996: «Justifications and Reasons», in *Harm and Culpability*, eds. by A.P. Simester, A.T.H. Smith, Oxford, Oxford University Press: 103-129
- GARDNER, J., 2007: *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press
- GARZÓN VALDÉS, E., 1988a: «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», *Doxa*, 5: 155-173
- GARZÓN VALDÉS, E., 1988b: «Sigamos discutiendo sobre el paternalismo», *Doxa*, 5: 215-219
- GARZÓN VALDÉS, 2005: «I limiti del diritto a sbagliare. Multiculturalismo, paternalismo e tolleranza», *Ragion pratica*, 24: 81-98
- GERT, B., CULVER, C., 1976: «Paternalistic Behavior», *Philosophy and Public Affairs*, 6: 45-57

- GHODS, A. J., 2010: «Living Kidney Donation: The Outcomes for Donors», *International Journal of Organ Transplantation Medicine*, vol. 10, 1, 2: 63-71
- GOODIN, R., 1988: «Reasons for Welfare: Economic, Sociological and Political – but Ultimately Moral», in D. Moon, *Responsibility, Rights and Welfare*, Boulder, Westview
- Journalist Workshop on Organ Donation and Transplantation – Recent Facts & Figures*, 26/11/2014, encargado y producido por la Comisión Europea, Brussels, https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/blood_tissues_organ/docs/ev_20141126_factsfigures_en.pdf
- LAMOND, G., 1996: «Coercion, Threats and the Puzzle of Blackmail», in *Harm and Culpability*, eds. by A.P. Simester, A.T.H. Smith, Oxford: Oxford University Press: 215-238
- MANIACI, G., 2012: *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, Giappichelli
- MATAS, A.J. et al., 2012: «Incentives for Organ Donation: Proposed Standards for an Internationally Acceptable System», *American Journal of Transplantation*, 12
- MILL, J.S., 1997: *Saggio sulla libertà* (1859), Milano, il Saggiatore
- MURPHY, J.G., 1994: «Women, Violence, and the Criminal Law», in J. Coleman, A. Buchanan (eds.), *In Harm's Way, Essays in Honor of Joel Feinberg*, N.Y., Cambridge University Press
- NGAN, N.L., K.L., LENTINE, A.S., LEVEY, B.L., KASISKE, A.X., GARG, 2015: «Long-Term Medical Risks to The Living Kidney Donor», *Nature Reviews-Nephrology*
- NOZICK, R., 1999: «Coercion», in R. Nozick, *Socratic Puzzles*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press
- RIVIELLO A., G. CANGINI, V. CREMONINI, P. TODESCHINI, K. MATTAROZZI, 2015: «Qualità di vita del paziente dializzato in attesa di trapianto renale», *Rivista L'Infermiere*, 5
- RUGGERI A., 2011: «Dignità V. vita?», *Rivistaiaic.it*, 1, 12
- SÁNCHEZ, N., 2015: *Por qué España es líder mundial de trasplantes*, BBC Mundo http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150505_salud_espana_trasplantes_lb
- SANDEL, M. J., 2009: *Justice. What's the Right Thing To Do?*, Farrar, Straus and Giroux, NY
- SARTORIUS, R., 1983: «Introduction», in *Paternalism*, ed. by R. Sartorius, Minneapolis: University of Minnesota Press: 1-3
- SOMMAGGIO, P., 2017: «Una schizofrenia ordinamentale. Sostenibilità etica degli incentivi alla disposizione di organi e tessuti umani», *Diritto e questioni Pubbliche*, 17
- TEN, C.L., 1980: *Mill On Liberty*, Oxford, Clarendon Press
- TINCANI, P., 2009: «Harm Principle – Il Principio del danno», in *L'individuo nella crisi dei diritti*, a cura di F. Sciacca, Il Melangolo: 55-80
- VANDE VEER, D., 1986: *Paternalistic Intervention*, Princeton, Princeton University Press
- WERTHEIMER, A., 1987: *Coercion*, Princeton, Princeton University Press
- WERTHEIMER, A., 1996: *Exploitation*, Princeton, Princeton University Press
- ZAZZERONI L., PASQUINELLI G., NANNI E., CREMONINI V., RUBBI I., 2017: «Comparison of Quality of Life in Patients Undergoing Hemodialysis and Peritoneal Dialysis: A Systematic Review and Meta-Analysis», *Kidney Blood Pressure Research*, <https://www.karger.com/Article/Pdf/484115>.
- Živčić-Čosić S., Mirela Bušić, Željko Župan, Gordana Pelčić, Martina Anušić Juričić, Željka Jurčić, Mladen Ivanovski, Sanjin Rački, 2013: «Development of the Croatian Model of Organ Donation and Transplantation», *Croat. Med. J.*
- <https://www.20minutos.es/noticia/3232252/0/asturias-registro-49-5-donantes-organos-por-millon-personas-al-termino-2017/>; <http://www.ont.es/Documents/Datos20172018ENE11.pdf>.

<https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-XII/capo-III/sezione-II/art609bis.html>.

<https://www.pazienti.it/news-di-salute/la-qualita-della-vita-di-un-paziente-in-dialisi-19102017>.

